Die Prokura im geltenden Recht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde
bei der juristischen Fakultät
.. der Universität Leipzig, ..

eingereicht von

Heinrich Rodewald,
bacc. jur. aus Hildesheim.

Helmstedt.
Druck von Ruthe & Günther.
1906.

Die Prokura im geltenden Recht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde
bei der juristischen Fakultät
.. der Universität Leipzig, ..

eingereicht von

Heinrich Rodewald,
bacc. jur. aus Hildesheim.

Helmstedt.
Druck von Ruthe & Günther.
1906.

Meinen lieben Eltern
gewidmet.

Inhalts-Verzeichnis.

Literatur-Verzeichnis S. 9.

A) Anwendbarkeit der allgemeinen Bestimmungen des BGB auf die Prokura S. 11.

I. Allgemeines über Stellvertretung und Vollmacht S. 11.

1. Unmittelbare Stellvertretung . . . . . Seite 11
2. Vollmacht . . . . . „ 12
   a) Wesen . . . . . „ 12
   b) Erteilung . . . . . „ 12
   c) Form . . . . . „ 16

II. Die Prokura ist eine Vollmacht S. 16.

1. Begriff der Prokura . . . . . Seite 16
2. Die zur Anwendung kommenden Vorschriften des BGB „ 17
   a) Vertretung mit Vertretungsmacht . . . „ 17
      aa) § 164 BGB . . . . . „ 17
      bb) Umfang . . . . . „ 17
      cc) Unmittelbare oder mittelbare Stellvertretung im Einzelfall . . . . . „ 18
      dd) Beweislast . . . . . „ 18
      ee) Beschränkte Geschäftsfähigkeit und Geschäftsunfähigkeit . . . . . „ 18
      ff) Willensmängel, Kennen und Kennenmüssen „ 19
   b) Vertretung ohne Vertretungsmacht . . . „ 19
      aa) Vertrag . . . . . „ 19
      bb) Einseitiges Rechtsgeschäft . . . „ 20
      cc) Selbstkontrahieren . . . . . „ 20

c) Inwieweit ist der Prokurist ohne Vertretungsmacht bei verweigerter Genehmigung dem andern Teile verantwortlich? . . . . . Seite 20

B) Die Prokura nach dem HGB Seite 22.

I. Erteilung S. 22.

1. Von wem kann Prokura erteilt werden? . . . Seite 22
a) Vollkaufmann . . . . . „ 22
b) Physische oder juristische Personen, Handelsgesellschaften . . . . . „ 23
c) Geschäftsfähigkeit . . . . . „ 24
d) Gesetzlicher Vertreter . . . . . „ 23
aa) Von physischen Personen . . . „ 23
bb) Von juristischen Personen und Handelsgesellschaften . . . . . „ 23
e) Liquidation . . . . . „ 24
f) Konkurs . . . . . „ 24
g) Beschränkungen im internen Verhältnis . . „ 25
2. Wem kann Prokura erteilt werden? . . . . „ 25
3. In welcher Weise wird Prokura erteilt? . . . . „ 26
a) Mittels ausdrücklicher Erklärung . . . . „ 26
b) Durch einseitige und zweiseitige Rechtsakte . „ 27
4. Unübertragbarkeit . . . . . „ 28
5. Erteilung an Mehrere . . . . . „ 28
a) Mehrere selbständige Prokurisen oder Gesamtprokuristen . . . . . „ 28
b) Kollektivklausel . . . . . „ 29
aa) Wesen der Gesamtprokura . . . „ 29
bb) Kombination von Gesamtprokura und anderer Stellvertretung . . . . „ 29
cc) Ausübung . . . . . „ 30
α) hat wie zu erfolgen? . . . „ 30
β) Allgemeiner Auftrag . . . „ 30
γ) Die Ausübung erstreckt sich auf? . „ 31
δ) Mangelnde Mitwirkung . . . „ 31
ε) Können Gesamtprokuristen einzelne von ihnen zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften ermächtigen? . . „ 31
dd) Beweislast . . . . . „ 32
ee) Umwandlung . . . . . „ 32
6. Ältere Prokuren . . . . . „ 32

II. Umfang der Prokura S. 32.

1. Umfangsbestimmungen . . . . . Seite 32
2. Der Prokurist kann? . . . . . „ 33

a) Gerichtliche Angelegenheiten . . . . Seite 33
aa) Prozessführung . . . . . „ 33
bb) Stellung von Strafanträgen in Sachen des Handelsgeschäfts . . . . . „ 34
cc) Erhebung des Einspruchs in Uebertretungssachen . . . . . „ 34
b) Aussergerichtliche Angelegenheiten . . . „ 34
3. Der Prokurist kann nicht? . . . . . „ 34
a) Immobiliarklausel . . . . . „ 34
aa) „besonders“ . . . . . „ 35
bb) Veräusserung und Belastung . . . „ 35
b) Der Prokurist kann keine Handlung vornehmen, die infolge ihrer Natur oder gemäss gesetzlicher Bestimmung dem Geschäftsinhaber vorbehalten ist . „ 36
4. Unbeschränkbarkeit . . . . . „ 36
a) Folgt aus der abstrakten und absoluten Natur der Prokura . . . . . „ 36
aa) Abstrakte Natur . . . . . „ 36
bb) Absolute Natur . . . . . „ 37
b) Beschränkungen im Einzelnen . . . . „ 37
c) Wirkungen der Beschränkungen . . . . „ 37
aa) Zwischen Prokuraerteiler und Prokuristen „ 37
bb) Zwischen Prokuraerteiler oder Prokuristen und Dritten . . . . . „ 37
cc) Eintragung . . . . . „ 38
5. Gibt es Ausnahmen vom Grundsatze der Unbeschränkbarkeit . . . . . „ 38
a) Kollektivklausel . . . . . „ 38
b) Gesellschafter oder Vorstandsmitglieder . „ 38
c) Etablissementsklausel . . . . . „ 38

III. Zeichnung des Prokuristen S. 39.

1. Form . . . . . Seite 39
2. Früheres Recht . . . . . „ 39
3. Ordnungsvorschrift . . . . . „ 40

IV. Erlöschen der Prokura S. 40.

1. Widerruf der Prokura . . . . . Seite 41
a) Prinzip des jederzeitigen Widerrufs . . „ 41
b) Wie und durch wen erfolgt der Widerruf? . „ 42
c) Zeitpunkt der Wirksamkeit . . . . . „ 43
d) Folgen des Widerrufes . . . . . „ 43
e) Niederlegung der Prokura seitens des Prokuristen „ 43
2. Erlöschen des Rechtsverhältnisses . . . . „ 44
3. Tod des Prokuristen . . . . . „ 44
a) BGB 168[1] . . . . . „ 45
b) Vertrauensstellung des Prokuristen . . . „ 45

4. Einstellung des Betriebes des Handelsgeschäfts . . Seite 45
5. Konkurs über das Vermögen des Geschäftsinhabers . „ 45
a) Wegen der Betriebseinstellung . . . . . „ 45
b) Gemäss § 23 KO . . . . . „ 45
6. Veräusserung des Handelsgewerbes . . . . . „ 45
7. Herabsinken des Handelsgewerbes auf das Niveau des Kleingewerbes oder Handwerkes . . . . . „ 46
8. Eintritt der Geschäftsunfähigkeit und Verschollenheit des Geschäftsinhabers . . . . . „ 46

Zusatz zu IV: Nichterlöschen der Prokura durch den Tod des Geschäftsinhabers . . . . . „ 46

V. Anmeldungen zur Eintragung in das Handelsregister S. 46.

1. Anmeldung der Erteilung . . . . . Seite 47
a) Pflicht des Geschäftsinhabers . . . . „ 47
b) Bei welchem Gericht? . . . . . „ 47
c) Form . . . . . „ 47
d) Wirkung . . . . . „ 47
e) Gesamtprokura . . . . . „ 48

Zusatz zu V 1: Zeichnung . . . . . „ 48
2. Anmeldung des Erlöschens . . . . . „ 49

Literatur-Verzeichnis.

Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 28.
Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 73.
Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts I, Berlin und Leipzig 1896.
Bie, Über die Kollektivprokura, Leipzig 1894.
Bolze, Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Borger, Der Inhalt der Vollmacht des Prokuristen, Diss., Borna-Leipzig 1903.
Busch, Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handelsrechts I.
Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, Stuttgart 1904.
Dernburg, Pandekten I, Berlin 1900.
Düringer und *Hachenburg,* Das Handelsgesetzbuch I, 1899.
Endemann, Lehrbuch des Handels-, Wechsel- u. Seerechts.
Enneccerus und *Lehmann,* Das bürgerliche Recht I, Marburg 1901.
Entscheidungen in Angelegenheiten des Grundbuchrechts und der freiwilligen Gerichtsbarkeit, zusammengestellt im Reichsjustizamt.
Fittig, Die rechtliche Stellung des Prokuristen, Diss., Strassburg 1904.
Friedrich, Rechtsstellung des Prokuristen im geltenden Recht, Diss., Leipzig 1905.
Gareis, Das deutsche Handelsrecht, Berlin 1901.
Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Erläutert von *R. Schultze*-Görlitz, Berlin 1900.
Goldmann, Das Handelsgesetzbuch I, Berlin 1901.
Hölder, Kommentar zum BGB I, 1900.

Hupka, Die Vollmacht, 1900.
Johow, Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts.
Juristische Wochenschrift, Jahrgang 1894.
Lehmann und *Ring,* Kommentar zum HGB, Berlin 1902.
Lenel, Stellvertretung und Vollmacht, Jherings Jahrbücher, Bd. 36.
Lutz, Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgemeinen deutschen HGB (1858—63).
Makower, Kommentar I, 1898.
Planck, Kommentar zum BGB.
Puchelt, Kommentar zum allgemeinen deutschen HGB.
RG = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
RGStr = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
ROHG = Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
v. Seeler, Vollmacht und Scheinvollmacht, im Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 28, S. 1 ff.
Schlossmann, Die Lehre von der Stellvertretung, Bd. 1 Leipzig 1900, Bd. 2 Leipzig 1902.
Staub, Kommentar zum HGB I, 1900.
Stegmann, Beitrag zur Lehre von der Prokura, Diss., Leipzig 1905.
Thoel, Das Handelsrecht I, Leipzig 1879.
Tolle, Die Prokura, Diss., Göttingen 1896.
Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 10.

Die Prokura im geltenden Recht.

A) Anwendbarkeit der allgemeinen Bestimmungen des BGB auf die Prokura.

I. Allgemeines über Stellvertretung und Vollmacht.

1. Unmittelbare Stellvertretung.

Erst allmählich, infolge der Entwickelung des Verkehrs, hat die Vertretung in der Vornahme von Rechtsgeschäften ihre heutige grosse Bedeutung in Handel und Wandel erlangt. Man hat im Laufe der Zeit zwei Arten von Stellvertretung unterscheiden gelernt: die mittelbare, welche vorliegt, wenn die Wirkungen des Rechtsgeschäfts erst beim Vertreter eintreten, um von diesem später auf den Vertretenen übertragen zu werden, — und die unmittelbare Stellvertretung, bei welcher der Vertreter im Namen des Vertretenen und mit unmittelbarer Wirkung für und gegen denselben handelt. Das Prinzip dieser unmittelbaren Stellvertretung hat sich erst allmählich entwickelt und nun in den §§ 164 ff BGB feste Form und gesetzliche Regelung gefunden. Die Kernsätze dieses Prinzipes sind folgende:

Durch die innerhalb der dem Vertreter zustehenden Vertretungsmacht von ihm selbst oder ihm gegenüber abgegebene Willenserklärung wird allein der Vertretene berechtigt und verpflichtet (164 BGB). Für die rechtlichen Folgen von Willensmängeln oder eines Kennens oder Kennenmüssens ist jedoch grundsätzlich die Person des Vertreters massgebend. Ihrem Ursprunge nach kann die Vertretungsmacht des Vertreters eine gesetzliche oder eine rechtsgeschäftlich erteilte sein, im letzteren Falle liegt Vollmacht vor.

2. Vollmacht.

a) Wesen.

Vollmacht ist also die durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht (166 [2] BGB). Früher waren die Begriffe Auftrag und Vollmacht verschwommen, sie flossen sogar ganz in einander über, heute jedoch unterscheidet man klar ihre Grenzen Der Auftrag bezieht sich auf das interne zwischen Auftraggeber und Beauftragtem bestehende, die Vollmacht auf das externe Verhältnis. Doch kann der Ansicht von *Staub*[1]), dass die Vollmacht immer die äussere Seite des Auftrags, die Legitimation sei, nicht beigetreten werden. Vielmehr kann die Vollmacht abstrakt, von einem Auftrag oder ähnlichen Rechtsverhältnisse nach aussen hin ganz unabhängig, erteilt werden[2]).

Die Vollmacht ist, wie das Wort klar besagt, Vertretungs„macht", nicht Vertretungs„pflicht". Für eine eventuell bestehende Pflicht zur Vertretung ist das interne Verhältnis massgebend.

b) Erteilung.

Sie erfolgt durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden oder gegenüber dem Dritten, welchem gegenüber die Vertretung statthaben soll (167 BGB). Nach 171 BGB ist ferner, wenn Jemand durch besondere Mitteilung an einen Dritten oder durch öffentliche Bekanntmachung kund gegeben hat, dass er einen Andern bevoll-

---

[1]) Anm. 1 zu § 48.
[2]) *Planck*, S. 217. — *Goldmann*, S. 208.

mächtigt habe, dieser auf Grund der Kundgebung im ersteren Falle dem Dritten gegenüber, im zweiten jedem Dritten gegenüber zur Vertretung befugt, und nach 172 BGB steht es der besonderen Mitteilung einer Bevollmächtigung durch den Vollmachtgeber gleich, wenn dieser dem Vertreter eine Vollmachtsurkunde ausgehändigt hat und der Vertreter sie dem Dritten vorlegt.

Schon im gemeinen Recht war es bestritten, ob die Bevollmächtigung ein einseitiger oder ein zweiseitiger Rechtsakt ist. Damals sah man in der Vollmacht (mandatum) einen Bevollmächtigungsvertrag, nämlich die Beauftragung zur Führung von Geschäften für den Auftraggeber. Die verdienstvolle reinliche Scheidung, die *Laband*[1]) zwischen den Begriffen Vollmacht und Auftrag vornahm, wurde allgemein anerkannt und akzeptiert. *Laband* stellte fest, dass Auftrag und Vollmacht zusammenfallen können, und dass zu präsumieren ist, dass im bürgerlichen Verkehr der Beauftragte auch immer Vollmacht habe, dass es aber auch Aufträge ohne Vollmacht gebe, nämlich wenn der Beauftragte in eigenem Namen handeln soll, und ferner Vollmachten ohne Auftrag, wie z. B. die eines Prokuristen. Nicht akzeptiert wurde im Allgemeinen *Labands* Kontraktstheorie. Er sah in der Bevollmächtigung nämlich einen „Konsensualvertrag, durch den die Kontrahenten sich gegenseitig verpflichten, dass Rechtsgeschäfte, welche der eine Kontrahent (der Bevollmächtigte) namens des anderen (des Vollmachtgebers) abschliessen wird, ihrer Wirkung nach so angesehen werden sollen, als hätte sie der letztere selbst abgeschlossen". Die Eigentümlichkeit dieses Vertrages liege in seiner Wirkung Dritten gegenüber und sei den adjecticischen Klagen und den actiones utiles des dominus negotii des römischen Rechts analog.

Die spätere Literatur hat sich, wie gesagt, dieser Vertragstheorie nicht angeschlossen[2]), wenn es auch durchweg an schlagenden Begründungen der einseitigen Vollmachtserteilung fehlte. Die allgemeine Meinung der neueren Schriftsteller geht dahin, dass die Vollmacht als ein einseitiger Rechtsakt anzusehen ist, der seine volle Kraft aus

[1]) Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 10, S. 203 ff.
[2]) *Hupka*, S. 87.

dem alleinigen Willen des Vollmachterteilers ableitet. Durch Parteivereinbarung kann wohl eine Verpflichtung des Vertreters begründet werden, ein Rechtsgeschäft im Namen des Vertretenen vorzunehmen, aber die Gewährleistung eines Rechtserfolges Dritten gegenüber kann nicht Gegenstand einer Parteivereinbarung sein, dies kann nur die Rechtsordnung garantieren.

In allerneuester Zeit[1]) hat sich *v. Seeler* entgegen der herrschenden Meinung wieder auf den Boden der alten Vertrags- oder Mandatstheorie gestellt. Das Hauptverdienst *v. Seelers* in dieser seiner Untersuchung im Archiv für Bürgerliches Recht ist wieder eine Scheidung von Begriffen, nämlich die Scheidung der Vollmacht von der Scheinvollmacht.

Vollmacht — die durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht — liegt nämlich nur vor, wenn die Wirkungen einer Willenserklärung des Vertreters dem Willen des Vollmachtgebers entsprechen; treten sie unabhängig von denselben ein, so handelt es sich um Scheinvollmacht, verbunden mit einem eventuellen Schutz des gutgläubigen Dritten durch die Rechtsordnung — ähnlich wie beim Eigentumserwerb. Diesem wird Jeder sofort zustimmen.

Die früheren Theorien gingen entschieden zu weit, indem sie die Vollmacht entweder als ausschliesslich zweiseitigen oder als ausschliesslich einseitigen Rechtsakt hinstellten. Soweit geht *v. Seeler* nicht. Er stellt allerdings als fast ausnahmslose Regel hin, dass die Vollmacht durch Vertrag begründet wird[2]), aber er gibt zu[3]), dass das Gesetz die Möglichkeit einer einseitigen rechtsgeschäftlichen Erteilung der Vollmacht bietet, wenn auch von dieser Möglichkeit im praktischen Leben von dem Bevollmächtigenden so leicht kein Gebrauch gemacht werden würde.

Dieser Stellungnahme *v. Seelers* kann ich mich aus verschiedenen Gründen nicht anschliessen.

aa) *v. Seeler* sucht die Begriffe Vollmacht und Auftrag (den er jedoch in viel weiterem Sinne, wie das mandatum, nämlich auch als Dienst- und Werkvertrag etc.

---

[1]) Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 28 (1906), S. 1 ff.
[2]) *v. Seeler* a. a. O., S. 9.
[3]) *v. Seeler* a. a. O., S. 12.

mitumfassend nimmt) wieder zusammenzuschweissen, nachdem sie *Laband* vor 40 Jahren mit grossem Scharfsinn getrennt hat. *v. Seeler* sagt, die Vollmacht sei etwas jenem Vertrage notwendig und begrifflich Innewohnendes[1]). Eine solche Auffassung könnte allerdings dazu beitragen, die Vertragstheorie zu fundamentieren; sie ist m. E. aber abzulehnen, da sie in bedenklicher Weise die Grenzen bislang scharf umrissener Begriffe verwischt, ohne dass einzusehen ist, welchen Vorteil dies hat.

bb) Es scheint mir mit der Kontraktstheorie wenig zu harmonieren, wenn *v. Seeler* — und damit stimmt er mit der herrschenden Meinung überein — dem Willen des Vollmachtgebers solche Bedeutung beimisst. Und das tut er bei der Begründung des Hauptgedankens der Abhandlung — Trennung von Vollmacht und Scheinvollmacht. Entscheidend bleibt ihm immer der Wille des Vertretenen[2]).

cc) Endlich weist der Wortlaut des § 167 BGB nicht darauf hin, dass die Vollmacht durch Vertrag begründet werde, sondern eher auf einseitige Bevollmächtigung. § 167 besagt, dass die Bevollmächtigung durch Erklärung des zu Vertretenden gegenüber dem zu Bevollmächtigenden oder dem Dritten, dem gegenüber die Vertretung stattfinden soll, erfolgt.

M. E. hat man deshalb in der Bevollmächtigung der Regel nach einen einseitigen Rechtsakt zu sehen; erfolgt sie einem Dritten gegenüber, so ist sie ein einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, und solange alsdann dem Dritten die Nachricht nicht zuging, ist die Vollmacht nicht wirksam erteilt (BGB 130). Ein einseitiges, aber nicht empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft ist die Bevollmächtigung durch öffentliche Bekanntmachung. Natürlich lassen sich auch Fälle denken, in welchen die Vollmacht durch Vertrag begründet wird, z. B. wenn die Vollmachtserteilung offeriert wird. Hier kann nicht der Wille des Vollmachtgebers allein massgebend sein, sondern der Wille und die

---

[1]) *v. Seeler* a. a. O., S. 9.
[2]) *v. Seeler* a. a. O., S. 1 und 2.

zustimmende Erklärung des zu Bevollmächtigenden — Annahme der Offerte — müssen hinzukommen.

c) Form.

Eine Form für die Vollmacht ist allgemein im Gesetze nicht bestimmt, sie ist nur erforderlich, wo sie in besonderer Vorschrift verlangt wird[1]). Die Vollmacht und das auf Grund derselben vorgenommene Rechtsgeschäft stehen selbständig neben einander[2]), und deshalb setzt § 167 [2] BGB folgerichtig fest, dass die Vollmachtserklärung nicht der Form bedarf, welche für das Rechtsgeschäft bestimmt ist, auf das sich die Vollmacht bezieht. Schriftlichkeit der Vollmacht kann nach BGB 174 der Empfänger der Willenserklärung bei jedem einseitigen Rechtsgeschäfte vom Bevollmächtigten verlangen, denn ein einseitiges Rechtsgeschäft, welches ein Bevollmächtigter einem Andern gegenüber vornimmt, ist unwirksam, wenn der Bevollmächtigte nicht eine Vollmachtsurkunde vorlegt und wenn der Andere das Rechtsgeschäft aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist. Die Zurückweisung ist ausgeschlossen, wenn der Vollmachtgeber den Anderen von der Bevollmächtigung in Kenntniss gesetzt hatte, eine andere Kenntnisnahme seitens des Anderen hat diese Wirkung nicht (174 [2]).

II. Die Prokura ist eine Vollmacht.

1. Begriff der Prokura.

Im Gegensatz zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche hat sich das neue HGB einer Begriffsbestimmung enthalten; die Prokura ist zunächst eine Vollmacht und zwar eine Handlungsvollmacht; ihre Ausdehnung und Grenzen sind in den §§ 48—53 HGB normiert. Soweit diese §§ keine Sonderbestimmungen enthalten, greift das BGB ein[3]).

---

[1]) 12 [2] HGB; 30 GBO.
[2]) *Planck*, S. 219.
[3]) EG z. HGB, Art. 2. —

2. Die zur Anwendung kommenden Vorschriften des BGB.

Die speziellen Vorschriften des HGB erstrecken sich auf Erteilung, Umfang, Widerruflichkeit, Erlöschen und Anmeldungspflicht. Jenseits dieser Bestimmungen greift das BGB ein, so auch bezüglich der Haftung aus unerlaubten Handlungen des Prokuristen [1]), ganz besonders aber in seinen Bestimmungen über Stellvertretung. Das Allgemeine, das zur Einleitung über Stellvertretung und Vollmacht gesagt wurde, gilt somit auch für die Prokura. Da diese Vorschriften des BGB von fundamentaler Bedeutung für die Lehre von der Prokura sind, so müssen wir sie noch einer eingehenden Betrachtung unterziehen.

a) Vertretung mit Vertretungsmacht.

aa) § 164 BGB.

Eine Willenserklärung, die der Prokurist innerhalb der ihm nach den §§ 49 und 50 HGB zustehenden Vertretungsmacht im Namen des Geschäftsinhabers abgibt, wirkt unmittelbar für und gegen diesen, und es macht keinen Unterschied, ob die Erklärung ausdrücklich im Namen des Geschäftsinhabers erfolgt, oder ob die Umstände ergeben, dass sie in dessen Namen erfolgen soll. Tritt der Wille, im Namen des Geschäftsinhabers zu handeln, nicht erkennbar hervor, so kommt der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht (164 [1] u. [2]). Eine gegenüber dem Prokuristen innerhalb dessen in den §§ 49 und 50 HGB normierter Vertretungsmacht abgegebene Willenserklärung wirkt für und gegen den Geschäftsinhaber (164 [3]).

bb) Der Umfang

der Vertretungsmacht des Prokuristen wird, wie schon erwähnt, in den §§ 49 und 50 HGB geregelt.

---

[1]) vgl. 278, 831 BGB.

cc) Unmittelbare oder mittelbare Stellvertretung im Einzelfall.

Wenn Zweifel auftauchen, ob der Prokurist als solcher, d. h. als unmittelbarer Stellvertreter, oder ob er als mittelbarer Stellvertreter, z. B. Kommissionär, aufgetreten ist und nur für Rechnung des Geschäftsinhabers abgeschlossen hat, so ist es Sache der richterlichen Prüfung, alle Umstände des Einzelfalles zu prüfen und festzustellen, von welchem Gesichtspunkt aus er zu betrachten ist[1]). — Hierbei ist zu berücksichtigen, dass es im kaufmännischen Verkehr vorkommt, dass der Prokurist sich mit dem Prinzipal identifiziert[2]), während er die vertretene Firma als Abschliesserin des Geschäftes hätte hinstellen sollen[3]). Doch ist zu beachten, dass die kaufmännische Ausdrucksweise überhaupt in ihrer Bedeutung verschieden ist, oft soll z. B. „für Rechnung" soviel heissen, wie „an Stelle" und auf das Vorliegen von unmittelbarer Stellvertretung hinweisen.

dd) Beweislast.

Wenn es streitig ist, ob im eigenen oder fremden Namen gehandelt ist, so hat der Kläger (der Dritte) seine Behauptung, der Beklagte (Prokurist) habe im eigenen Namen gehandelt, zu beweisen; denn da nicht eine Einrede, sondern ein Leugnen des Klaggrundes vorliegt, so fällt die Beweislast dem Kläger zu. Dieser Beweispflicht kann er dadurch genügen, dass er geltend macht, dass zwischen ihm und dem Beklagten (dem Prokuristen) das Geschäft schlechthin abgeschlossen sei, d. h. ohne dass ein Kontrahieren im Namen des Geschäftsinhabers erkennbar gewesen sei[4]).

ee) Beschränkte Geschäftsfähigkeit und Geschäftsunfähigkeit.

Die Wirksamkeit einer von oder gegenüber einem Prokuristen abgegebenen Willenserklärung wird nicht dadurch beeinträchtigt, dass der Prokurist in der Geschäfts-

---

[1]) ROHG 2, S. 402. [2]) ROHG 15, 78. [3]) ROHG 12, 134; 18, 296. [4]) RG 2, 195; ROHG 19, 318.

fähigkeit beschränkt ist. Diese Vorschrift des § 165 BGB hat nur externe Bedeutung; liegt ein obligatorisches Verhältnis zwischen Prokurist und Geschäftsinhaber vor, so findet auf dieses der § 165 keine Anwendung, sondern die §§ 106 ff greifen ein.

Geschäftsunfähig (104 BGB) darf jedoch der Prokurist nicht sein, sonst würden ja nach 105 BGB die von ihm abgegebenen Willenserklärungen vollkommen nichtig, und nach 131 BGB die ihm gegenüber abgegebenen empfangsbedürftigen Willenserklärungen unwirksam sein.

ff) Willensmängel, Kennen und Kennenmüssen.

Soweit die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung durch Willensmängel oder durch die Kenntnis oder das Kennenmüssen gewisser Umstände beeinflusst werden, kommt nicht die Person des Geschäftsinhabers, sondern die des Prokuristen in Betracht (166 [1]). Solche Willensmängel, welche Nichtigkeit der Willenserklärung begründen, liegen vor, wenn eine Willenserklärung nur zum Schein abgegeben wird (117 BGB), oder nicht ernstlich gemeint ist (118 BGB); solche, welche Anfechtbarkeit begründen, bei Irrtum (119), arglistiger Täuschung und widerrechtlicher Drohung (123).

Der Geschäftsinhaber kann sich jedoch, wenn der Prokurist nach seinen bestimmten Weisungen gehandelt hat, oder sofern der Geschäftsinhaber die betreffenden Umstände selbst kannte oder kennen musste, nicht auf die Unkenntnis des Prokuristen berufen (166 [2]).

b) Vertretung ohne Vertretungsmacht.

aa) Vertrag.

Schliesst der Prokurist im Namen des Geschäftsinhabers einen Vertrag ab, indem er dabei seine Vertretungsmacht überschreitet, so hängt die Wirksamkeit desselben für und gegen den Geschäftsinhaber von dessen Genehmigung ab (177 [1] BGB). Bis zu dieser Genehmigung ist der andere Teil zum Widerrufe berechtigt, es sei denn, dass er den Mangel der Vertretungsmacht beim Abschlusse des Vertrages gekannt hat (178). Behauptet also der Andere die Unwirksamkeit des Vertrages, so hat er zu beweisen,

dass er zur rechten Zeit widerrufen habe; der Geschäftsinhaber hat den Gegenbeweis anzutreten, dass entweder der Widerruf zu spät erfolgt sei, weil der Vertrag bereits von ihm durch Erklärung gegenüber dem andern Teile genehmigt gewesen sei, oder dass der andere Teil den Mangel der Vertretungsmacht beim Abschlusse des Vertrages gekannt habe.

bb) Einseitiges Rechtsgeschäft.

Bei einem einseitigen Rechtsgeschäft ist die Vertretung ohne Vertretungsmacht unzulässig. Doch gelten die Bestimmungen über Verträge (177—179), wenn der Andere die von dem Prokuristen oder Scheinprokuristen behauptete Vertretungsmacht bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts nicht beanstandet hat oder wenn er damit einverstanden gewesen ist, dass der Prokurist ohne Vertretungsmacht handele, oder wenn ein einseitiges Rechtsgeschäft gegenüber einem solchen Prokuristen mit dessen Einverständnisse vorgenommen wird (180).

cc) Selbstkontrahieren.

Ein Prokurist kann im Namen des Geschäftsinhabers mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft nur dann vornehmen, wenn

α) ihm dies besonders gestattet ist oder

β) das Rechtsgeschäft ausschliesslich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht (181 BGB). Der Prokurist kann also z. B. sowohl seine Forderung als auch die des Geschäftsinhabers befriedigen durch die entsprechende Verminderung oder Vergrösserung des Bestandes der Kasse des Geschäftsinhabers, die er als Prokurist unter seinen Händen hat.

c) Inwieweit ist der Prokurist ohne Vertretungsmacht bei verweigerter Genehmigung dem andern Teile verantwortlich? (§ 179 BGB).

Sofern der Prokurist nicht seine Vertretungsmacht nachweist, ist er dem andern Teile nach dessen Wahl zur Erfüllung oder zum Schadensersatze verpflichtet, wenn der

Geschäftsinhaber die Genehmigung des Vertrages verweigert. Die Vorschrift des Art. 55 AHGB ist im § 179 [1] BGB bürgerliches Recht geworden. Dem Regelsatz des § 179 Abs. 1 schliessen sich in Absatz 2 und 3 zwei Ausnahmen an: Absatz 2 beschränkt die Haftung auf den Ersatz des Schadens, den der andere Teil dadurch erleidet, dass er auf die Vertretungsmacht vertraut, und zwar nicht über den Betrag des Interesses hinaus, dass der andere Teil an der Wirksamkeit des Vertrags hat. Diese Beschränkung tritt ein, wenn der Prokurist den Mangel der Vertretungsmacht nicht gekannt hat. Absatz 3 schliesst die Haftung des Prokuristen ganz aus, wenn der andere Teil den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder kennen musste, oder wenn der Prokurist in der Geschäftsfähigkeit beschränkt war, es sei denn, dass er mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters gehandelt hat.

Die Beweislast ist folgende: Der Andere (Kläger) hat zu beweisen, dass er mit dem Prokuristen (Beklagten) den Vertrag abgeschlossen, der Geschäftsinhaber aber die Genehmigung verweigert habe. Der Prokurist hat dahingegen seine Vertretungsmacht nachzuweisen. Liegt nun der Fall

α) so, dass eine über die Prokura hinausgehende Vertretungsmacht erforderlich war, so muss der Kläger entweder beweisen, dass der Prokurist eine solche weitergehende Vertretungsmacht zu besitzen angegeben, oder dass er sich geirrt hat.

Will der Prokurist Gegenbeweis antreten, so liegt ihm der Nachweis ob, dass er in der Tat solche weitgehende Vertretungsmacht gehabt hat.

Liegt jedoch der Fall

β) so, dass der Prokurist lediglich auf Grund der Prokura den Vertrag, der über die Vertretungsmacht eines Prokuristen in Wirklichkeit hinausging, abgeschlossen hat, so haftet der Prokurist nach Abs. 3 nicht, da der Andere diesen Mangel der Vertretungsmacht kennen musste.

Will der Prokurist seine Haftung nach Absatz 2 beschränken, so trifft ihn natürlich hier die Beweislast [1]).

---

[1]) *Goldmann* 217. — *Düringer* und *Hachenburg* 173.

B. Die Prokura nach dem HGB.

Das HGB regelt das Prokuraverhältnis Dritten gegenüber und gibt insbesondere Bestimmungen über Erteilung, Umfang, Widerruflichkeit und Erlöschen der Prokura, sowie über die Art der Vertretungsbetätigung.

I. Erteilung.

1. Von wem kann Prokura erteilt werden?

Nur von dem Inhaber eines Handelsgeschäfts oder seinem gesetzlichen Vertreter. Diese Bestimmung gibt ein Gegengewicht ab gegen die bedeutende Machtstellung des Prokuristen. Die möglichen Fälle von Missbrauch der Prokura werden hierdurch bedeutend reduziert und hintangehalten; das ergibt sich aus der Eigenart des heutigen kaufmännischen Lebens und seiner gesetzlichen Regelung. Dem Inhaber eines Handelsgeschäfts oder seinem gesetzlichen Vertreter traut der Gesetzgeber mit Recht eine ganz besondere Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit in der Auswahl und Bestellung eines Prokuristen zu.

a) Vollkaufmann.

Nach § 4 Abs. 1 HGB finden die Vorschriften über Prokura auf Handwerker, sowie auf Personen, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht, keine Anwendung, es kann also nur ein Vollkaufmann Prokura erteilen. Bei den unter Ziffer 2 Abs. 1 des § 1 HGB fallenden Kaufleuten ist unter Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände zu prüfen, ob ihr Betrieb den Charakter des Handwerks oder den der Fabrik hat. Nur im letztern Falle können sie einen Prokuristen bestellen. Eintragung der Firma ist eine Voraussetzung wirksamer Prokuraerteilung nur bei den Gewerbebetrieben, welche die Eigenschaft eines Handelsgewerbes erst durch die Eintragung der Firma erlangen (§ 2 und 3 HGB), und bei der Aktiengesellschaft, Kommanditgesellschaft auf Aktien und Gesellschaft mit beschränkter Haftung, da letztere Ge-

sellschaften vor ihrer Eintragung nicht bestehen (200, 320 [3] HGB, § 11 des Gesetzes vom 20. April 1892).

b) Physische oder juristische Personen, sowie Handelsgesellschaften

können Prokura erteilen, so auch das Reich, ein Bundesstaat oder inländischer Kommunalverband (vgl. 33 und 36 HGB). Den Erwerbs- und Wirtschafts-Genossenschaften ist jedoch gemäss § 42 Abs. 2 des Gesetzes vom 1. Mai 1889 die Bestellung von Prokuristen nicht gestattet.

c) Geschäftsfähigkeit.

Die von einem geschäftsunfähigen Geschäftsinhaber erteilte Prokura ist nichtig (BGB 105), die von einem in der Geschäftsfähigkeit beschränkten selbst erteilte Prokura unwirksam (BGB 111 Abs. 1). Doch kann, wie wir gleich sehen werden, für den geschäftsunfähigen oder beschränkt geschäftsfähigen Geschäftsinhaber dessen gesetzlicher Vertreter die Prokura erteilen.

d) Gesetzlicher Vertreter.

aa) Von physischen Personen.

Hier kommt in Betracht der Vater des minderjährigen Geschäftsinhabers, ferner, falls die elterliche Gewalt ganz auf sie übergegangen ist, die Mutter (1626, 1630, 1684 BGB) und der Vormund des minderjährigen oder entmündigten Geschäftsinhabers (1793, 1897 BGB). Jedoch nicht der Pfleger im Falle der §§ 1910 und 1911 BGB; er ist ein vom Gericht bestellter Bevollmächtigter einer geschäftsfähigen Person.

bb) Von juristischen Personen und Handelsgesellschaften.

Als gesetzliche Vertreter im Sinne des § 48 HGB kommen hier in Betracht der Vorstand einer juristischen Person, das zuständige Organ des Reiches, Bundesstaats oder Kommunalverbands (§§ 33, 36 HGB), jeder vertre-

tungsberechtigte Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft, bei der Kommanditgesellschaft (§ 161 Abs. 2 HGB) und Kommanditgesellschaft auf Aktien (§ 320 Abs. 3 HGB) jeder persönlich haftende Gesellschafter[1]). Die Vertreter von eingetragenen Genossenschaften kommen nicht in Betracht, da letztere nach § 40 des Gesetzes vom 1. Mai 1889 keine Prokura erteilen können.

e) Liquidation.

Betreffs der Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien ist besonders bestimmt (298 Abs. 4, 320 Abs. 3 HGB), dass sie während ihrer Liquidation keinen Prokuristen bestellen können. Dies ist nach ganz allgemeiner Ansicht auf die übrigen Handelsgesellschaften auszudehnen. Der vereinzelt in der Literatur auftretenden Meinung, ein liquidierender Einzelkaufmann könne Prokura erteilen[2]), kann nicht beigetreten werden, denn die Gründe, welche die Bestellung bei einer Gesellschaft ausschliessen, treffen auch beim Einzelkaufmann zu[3]). Diese Gründe sind insbesondere folgende: Zunächst würde es ein Widerspruch in sich sein, wenn ein liquidierendes Handelsgeschäft einen Prokuristen bestellt. Denn die Liquidation ist auf die Einziehung der Forderungen, die Umsetzung des Vermögens in Geld, die Befriedigung der Gläubiger, kurz auf die Beendigung der laufenden Geschäfte gerichtet (149 HGB), während, wenn ein Prokurist bestellt wird, derselbe zum Betriebe eines Handelsgeschäfts mit der umfassenden Vertretungsmacht der §§ 49 und 50 ermächtigt ist[4]). — Die Liquidatoren einer Gesellschaft können ferner schon deshalb keine Prokura erteilen, weil sie keinen Vertreter bestellen können, dessen Vollmachten und Rechte umfassender sind, wie ihre eigenen. Dies folgt schon aus dem alten Satze: Nemo plus juris transferre potest, quam ipse habet.

f) Konkurs.

Im Konkurse einer juristischen Person oder Handelsgesellschaft ist die Bestellung eines Prokuristen ausge-

---

[1]) ROHG 7, 412. [2]) *Düringer* und *Hachenburg* 175. [3]) *Lehmann* und *Ring* 132. [4]) ROHG 13, 225.

schlossen, auch im Konkurse einer physischen Person ist sie wirkungslos. Weder der Gemeinschuldner, noch der Konkursverwalter kann einen Prokuristen bestellen, da der Prokurist ein Handelsgewerbe betreiben soll.

g) Beschränkungen im internen Verhältnis.

Der Vater des minderjährigen Geschäftsinhabers, ferner die Mutter, auf welche die elterliche Gewalt übergegangen ist, und der Vormund des minderjährigen oder entmündigten Geschäftsinhabers bedürfen zur Erteilung einer Prokura der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (BGB 1822 No. 11; 1643 Abs. 1; 1897). Zur Bestellung eines Prokuristen für die offene Handelsgesellschaft, die Kommanditgesellschaft und die Kommanditgesellschaft auf Aktien ist die Zustimmung aller geschäftsführenden Gesellschafter erforderlich, es sei denn, dass Gefahr im Verzug ist (§§ 116 Abs. 3, 161 Abs. 2, 320 Abs. 2). Der Vorstand der Aktiengesellschaft bedarf zur Bestellung eines Prokuristen der Zustimmung des Aufsichtsrates, sofern nicht durch Gesellschaftsvertrag oder Generalversammlungsbeschluss ein Anderes bestimmt ist (238 HGB).

Der Geschäftsführer der G. m. b. H. kann regelmässig nur auf Grund eines Beschlusses der Gesellschafter Prokura erteilen (§ 47 Ziff. 7 des RG vom 20. April 1892).

Alle diese Beschränkungen sind ein berechtigtes Gegengewicht gegen die Dritten gegenüber unbeschränkbare Vertretungsmacht des Prokuristen.

2. Wem kann Prokura erteilt werden?

Das HGB enthält hierüber keine Bestimmungen, es greift demnach das BGB ergänzend ein.

Jeder physischen Person, der Vollmacht erteilt werden kann, kann auch Prokura erteilt werden, also auch einer beschränkt geschäftsfähigen; sie darf selbständig verpflichtungsunfähig sein (165 BGB), da der Erfolg der Handlungen ja den Prinzipal trifft. Natürlich kann keinem Geschäftsunfähigen Prokura erteilt werden.

Es ist gleichgiltig, ob der Prokurist Kaufmann oder Nichtkaufmann ist, ebenso ob ein bestimmtes und welches Rechtsverhältnis der Prokura zu Grunde liegt.

Auch ein Gemeinschuldner kann zum Prokuristen bestellt werden, wenn auch nicht für sein eigenes Geschäft, denn er kann sich selbst nicht bestellen und auch über sein dem Konkurs unterliegendes Vermügen nicht verfügen.

Die Frage, ob einem von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft Prokura erteilt werden kann, ist bestritten. Sie wird bejaht von *Düringer* und *Hachenburg* (176), *Goldmann* (222), *Lehmann* und *Ring* (272) und *Makower* (89), verneint von *Staub* (401) und von *v. Völderndorff* in Busch's Archiv. Letztere beiden Schriftsteller stützen sich darauf, dass die Eigenschaften von Prokurist und Prinzipal nicht in einer Person zusammentreffen dürften. Jeder offene Handelsgesellschafter sei aber Geschäftsinhaber und diese Eigenschaft bliebe ihm, auch wenn ihm die Vertretungsmacht entzogen würde. Dem gegenüber ist zu erwägen, dass das HGB einem solchen Gesellschafter die Fähigkeit, Prokurist zu sein, nirgends abspricht, und deshalb muss man schliessen, dass ihm diese Fähigkeit innewohnt[1]).

Auch der stille Gesellschafter und der Kommanditist können zum Prokuristen bestellt werden[2]).

Dahingegen kann dem Aufsichtsratmitglied einer Aktiengesellschaft (248 HGB) Prokura nicht erteilt werden, denn Geschäftsführung und Aufsichtsamt dürfen nicht in einer Person zusammentreffen.

3. In welcher Weise wird Prokura erteilt.

Während die Vollmachtserteilung nach dem BGB an eine vorgeschriebene Form nicht gebunden ist, kann die Prokura nur mittels ausdrücklicher Erklärung erteilt werden.

a) Mittels ausdrücklicher Erklärung.

Ausdrücklich ist die Erklärung, wenn sie sich durch positives Handeln kundgibt und auf eine bestimmte Person und bestimmte Prokuraerteilung gerichtet ist. Im Gegensatz dazu stehen eine stillschweigende Willenserklärung,

---

[1]) *Lehmann* und *Ring* 132; *Düringer* und *Hachenburg* 176; *Behrend* 531. — [2]) *Goldmann* 222; *Düringer* und *Hachenburg* 176; *Lehmann* und *Ring* 132.

das Unterlassen des Widerspruchs und ferner eine Willenserklärung, welche ursprünglich zu einem anderen Zwecke oder in einer anderen Richtung abgegeben ist und welche nur einen Schluss auf die Zustimmung zulässt. Alle diese zuletzt genannten Willenserklärungen, die im Gegensatze zu einer ausdrücklichen stehen, genügen nicht zur Prokuraerteilung. Der tatsächlichen Würdigung des Einzelfalles unterliegt es, ob dem Erfordernisse der Ausdrücklichkeit genügt ist und ferner, ob nicht in einer unwirksamen Prokuraerteilung wenigstens eine Ratihabitation von bestimmten Handlungen liegt.

Die früher im Artikel 41 AHGB hervorgehobenen Erteilungsarten werden jetzt als Beispiele gelten können. Die Prokura kann danach erteilt werden durch Erteilung einer ausdrücklich als Prokura bezeichneten Vollmacht, durch ausdrückliche Bezeichnung des Bevollmächtigten als Prokuristen und endlich durch die Ermächtigung, per procura die Firma des Prinzipals zu zeichnen. In der älteren Literatur und auch noch von *Endemann*[1]) werden diese drei Bestellungsarten für die einzig möglichen gehalten und es wird behauptet, die letztgenannte Art schliesse die stillschweigende Erteilung nicht aus. Jetzt hat das HGB im § 48 [1] klar festgesetzt, dass durch stillschweigende Willenserklärung ein Prokurist nicht bestellt werden kann; die drei Bestellungsarten des AHGB sind aber, wie gesagt, heute nur als Beispiele anzusehen, jede andere Art ist gerade so wirksam, wenn sie dem Erfordernis der Ausdrücklichkeit genügt.

b) Da sie eine Vollmacht ist, kann die Prokura durch einseitige oder zweiseitige Rechtsakte erteilt werden, und es wird, wie bei jeder Vollmacht, das erstere die Regel sein. Ihre Erteilung erfolgt also gemäss 167 BGB durch Erklärung gegenüber dem zu bestellenden Prokuristen oder gegenüber dem Dritten, welchem gegenüber die Vertretung stattfinden soll, oder auch durch besondere Mitteilung an den Dritten oder durch öffentliche Bekanntmachung (171 BGB). Da eine Bevollmächtigung nur insoweit eintritt, als sie dem Willen des Vollmachtgebers entspricht, so liegt auch nur dann eine wirksame Prokura-

[1]) *Endemann* 283.

erteilung vor, wenn sie dem Willen des Geschäftsinhabers entspricht. Anderenfalls hätten wir es, wie im einen Fall mit blosser Scheinvollmacht, im andern mit blosser Scheinprokura zu tun.

4. Unübertragbarkeit (52² HGB).

Dieselbe folgt schon aus der Vorschrift des § 48 Abs. 1 HGB, wonach die Prokura nur vom Geschäftsinhaber oder seinem gesetzlichen Vertreter erteilt werden kann. Sie kann somit nicht von einem Prokuristen erteilt oder übertragen werden. Diese Bestimmung enthält eine Neuerung gegenüber dem bisherigen Rechte, welches im Art. 53 AHGB die Uebertragung der Prokura mit Einwilligung des Prinzipals in gleicher Weise gestattet hatte, wie dies bezüglich der Handlungsvollmacht zulässig war und nach § 58 HGB noch ist.

Die Prokura ist demnach auch dann nicht übertragbar, wenn die Voraussetzungen vorliegen, unter denen nach BGB 664 die Ausführung eines Auftrages übertragbar ist; auch dann nicht, wenn der Geschäftsinhaber es ausdrücklich gestatten würde.

Doch bezieht sich die Unübertragbarkeit nur auf die Prokura als solche und als Ganzes.

5. Erteilung an Mehrere.

a) Mehrere selbständige Prokuristen oder Gesamtprokuristen.

Wie überhaupt mehrere Bevollmächtigte nebeneinander bestellt werden können, so kann auch der Geschäftsinhaber mehrere Prokuristen so bestellen, dass entweder

aa) ein Jeder von ihnen selbständig Prokura hat, oder dass

bb) mehreren Prokuristen die Vertretungsmacht nur gemeinschaftlich zustehn soll.

In den Fällen unter bb) liegt Gesamtprokura vor.

b) Kollektivklausel.

aa) Wesen der Gesamtprokura.

Sie ist eine subjektiv beschränkte Prokura und kann deshalb nicht für einzelne Geschäfte erteilt werden, auch kann die Zahl der Gesamtprokuristen nicht für einen Teil der Geschäfte grösser, für einen anderen geringer sein.

Sie bildet keine Ausnahme von dem Prinzipe der Unbeschränktheit der Prokura (50 HGB), vielmehr liegt nur eine und zwar eine volle Prokura vor, getragen aber von einer Mehrheit von Personen. Sie ist gleichsam eine Vollmacht zur gesamten Hand.

bb) Kombination von Gesamtprokura und anderer Stellvertretung.

Ein besonders bemerkenswerter Fall von Gesamtvertretung ist die durch einen Gesellschafter (HGB 125 Abs. 2) oder durch einen gesetzlichen Vertreter (HGB 232 Abs. 3) zusammen mit einem Prokuristen ausgeübte Gesamtvertretung. Für die praktische Beurteilung solcher Fälle ist äusserst wichtig, festzustellen, ob auch nur ein einziger gesetzlicher Vertreter oder Gesellschafter, welcher zur Vertretung bestellt ist, an die Mitwirkung des Prokuristen gebunden werden kann, sodass also in solchem Falle die Gesellschaft überhaupt nicht vertreten werden könnte, ausser dass der Prokurist mit tätig wäre. Dieser Ansicht[1]) kann nicht beigetreten werden. Vielmehr muss die Vertretung der Gesellschaft durch gesetzliche Vertreter oder Gesellschafter unabhängig von der Mitwirkung eines Prokuristen, welcher als solcher der Gesellschaft immerhin ferner steht, gewährleistet sein. Die erwähnte Kombination ist also nur zulässig, wenn daneben eine den allgemeinen Vorschriften entsprechende Vertretung vorhanden ist, also eine selbstständige Einzelvertretung oder eine selbstständige Gesamtvertretung[2]).

Hieraus folgt, dass bei der erwähnten Kombination keine Beschränkung des gesetzlichen Vertreters oder Ge-

---

[1]) *Staub* 701; *Düringer* und *Hachenburg* 179. — [2]) *Lehmann* und *Ring* 467; Entsch. Kammerger. 23. 4. 1900, in Entscheidungen in Ang. des Grundbuchrechts u. d. freiw. Gerichtsbarkeit, Bd. 1.

sellschafters vorliegen kann, denn ein solcher kann auch ohne den Prokuristen handeln.

Bei gemeinsamem Handeln mit dem Prokuristen ist die Vertretungsmacht des Prokuristen massgebend und nicht die des gesetzlichen Vertreters oder Gesellschafters[1]), denn die Vertretungsmacht des Prokuristen ist die geringere. Die Geschäfte die nur dem gesetzlichen Vertreter als solchem zustehen, kann also der Prokurist nicht in Gesamtvertretung mit diesem vornehmen.

cc) Ausübung

α) hat wie zu erfolgen?

Dieselbe hat nur gemeinschaftlich nach Massgabe der vom Geschäftsinhaber bei der Prokuraerteilung getroffenen Bestimmung zu erfolgen; auch bei Gefahr im Verzuge besteht keine Ausnahme[2]). Nur durch gemeinschaftlich abgegebene Willenserklärungen können sie den Geschäftsinhaber verpflichten. Immerhin ist nicht unbedingt gleichzeitige und gleichmässige Abgabe der Willenserklärung erforderlich; es genügt, wenn die von ihnen abgegebene Willenserklärung als eine von der Gesamtheit der Prokuristen abgegebene vom Empfänger angesehen werden muss; z. B. der eine ist Wortführer und die anderen stimmen zu, sei es ausdrücklich oder stillschweigend, im letzteren Falle etwa dadurch, dass sie der von ihnen vernommenen Erklärung des Wortführers nicht widersprechen[3]). Ihre Mitwirkung darf jedoch kein Internum unter ihnen bleiben, sondern muss dem anderen Teile gegenüber wahrnehmbar in die Erscheinung treten[4]).

Vorherige oder nachträgliche Mitwirkung ist nicht unzulässig[5]), auch Mitwirkung durch konkludente Handlungen nicht ausgeschlossen[6]).

β) Allgemeiner Auftrag oder allgemeine Ermächtigung

genügen jedoch nicht[7]); wenn nun auch eventuell eine ge-

---

[1]) *Düringer* und *Hachenburg* 179. — [2]) Protokolle 950. — [3]) ROHG 16, 35; 17, 402. — [4]) RG 40, 19. — [5]) *Bolze* 8, 548. — [6]) ROHG 6, 392; 12, 34; 17, 402. — [7]) *Bolze* 4, 807.

hörige Mitwirkung nicht vorliegt, so ist doch im Einzelfall zu prüfen, ob nicht auf Erteilung einer Handlungsvollmacht oder auf eine Ratihabition zu schliessen ist.

γ) Die Ausübung

der Gesamtprokura erstreckt sich auf positive Rechtsakte aller Art, auch auf mündliche[1]), aber immer nur auf ein Handeln. Wo es sich dagegen um das Kennen oder Kennenmüssen einer Tatsache handelt, brauchen die Voraussetzungen davon nur in der Person eines Gesamtprokuristen vorzuliegen, um volle Wirkung für den Geschäftsinhaber zu erzeugen.

δ) Mangelnde Mitwirkung.

Ein Gesamtprokurist, der ohne Mitwirkung des oder der andern Gesamtprokuristen handelt, überschreitet seine Vollmacht und haftet als falsus procurator persönlich (179 BGB)[2]), falls er keine auf andere Weise erteilte oder gesetzliche Vollmacht nachweisen kann, oder sofern nicht der andere Teil die Gesamtvertretung kannte oder kennen musste (15 HGB).

ε) Können Gesamtprokuristen einzelne von sich zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften ermächtigen?

Nein, denn eine analoge Anwendung der §§ 125 und 232 HGB, wonach bei Handelsgesellschaften die Gesamtvertreter einzelne ihrer Mitglieder zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften ermächtigen können, auf die Gesamtprokuristen erscheint unzulässig. Die §§ 125 und 232 HGB teilen mit vielen anderen §§ des HGB die Tendenz, das mit den Handelsgesellschaften verkehrende Publikum zu schützen. Über dieses Anwendungsgebiet hinaus darf der Sinn dieser §§ nicht ausgedehnt werden, denn sie stellen eine Ausnahmevorschrift dar[3]).

---

[1]) ROHG, 3, 183. — [2]) RG 6, 214; *Bolze* 18, 229. — [3]) *Düringer* und *Hachenburg* 176; *Lehmann* und *Ring* 133; *Goldmann* 223; a. M. *Staub* 207 und *Makower* 90. Vgl. auch *Stegmann* 50.

dd) Beweislast.

Der Beweis dafür, dass die Gesamtprokuristen nach Massgabe der vom Geschäftsinhaber ihnen erteilten Gesamtprokura bei Abgabe der Willenserklärung zusammengewirkt haben, liegt demjenigen ob, welcher ein Recht auf die Willenserklärung stützt. Er hat in dem Beweise darzutun, worin die Mitwirkung bestanden hat[1]).

ee) Umwandlung.

Die Gesamtprokura kann in eine Vollprokura verwandelt werden, und zwar ausdrücklich oder durch konkludente Handlungen; im letztern Falle muss ein mit dem Prokuristen kontrahierender Dritter aus dem Verhalten des Geschäftsinhabers sicher ersehen können, dass der Prokurist jetzt volle Prokura hat[2]).

6. Aeltere Prokuren.

Die Erteilung von Prokuren, welche aus der Zeit vor 1900 stammen, richtet sich nach älterem Recht; nur muss die Prokura damals als eine wirklich gültige erteilt sein, wenn sie als eine solche nach 1900 weiterbestehen soll. Hört der Besteller am 1. Januar 1900 auf, Vollkaufmann zu sein, so erlischt die Prokura. Wird derselbe 1900 erst Kaufmann, so ist unbedingt ausdrückliche Neubestellung erforderlich[3]).

II. Umfang der Prokura.

1. Umfangsbestimmungen.

Die Bestimmungen des HGB über den Umfang der Prokura regeln — wie der ganze V. Abschnitt — nur das Verhältnis Dritten gegenüber. Im Verhältnis zwischen Geschäftsinhaber und Prokuristen kann die Vollmacht des letzteren beliebig beschränkt oder erweitert werden. Doch kann sich der Geschäftsinhaber Dritten gegenüber auf solche

---

[1]) ROH 17, 403; *Bolze* 8, 548. — [2]) *Bolze* 4, 444. — [3]) *Lehmann* und *Ring* 133.

Abmachungen — seien dieselben nun vom Prokuristen innegehalten oder nicht — nicht berufen; dem Geschäftsinhaber gegenüber ist aber der Prokurist für die Einhaltung der Instruktionen verantwortlich[1]).

Die Prokura ist keine gesetzliche Vertretungsmacht, da ihre Existenz nicht auf dem Gesetze beruht, doch ist ihr Umfang gesetzlich bestimmt. Im folgenden soll zunächst der positive Inhalt und dann die negative Begrenzung im Detail dargelegt werden.

2. Der Prokurist kann?

Der Absatz 1 des § 49 HGB bestimmt positiv, dass der Prokurist zu allen gerichtlichen und aussergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen ermächtigt ist, die der Betrieb irgend eines Handelsgewerbes mit sich bringt. Es kommt also nicht darauf an, ob der Betrieb gerade dieses Handelsgewerbes, sondern ob — ganz objektiv betrachtet — irgend ein Handelsgewerbe die Vornahme der Rechtshandlung oder des Geschäfts mit sich bringt[2]), z. B. darf der Prokurist eines Verlagsgeschäfts auch Bankiergeschäfte vornehmen. Es können ganz ungewöhnliche Handlungen zur Tätigkeit des Prokuristen gehören; massgebend ist nur, ob sie bei Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls als zum Betrieb eines Handelsgewerbes gehörend anzusehen sind.

Hiernach ist der Prokurist im Einzelnen zu folgenden Handlungen ermächtigt:

a) Zu den **gerichtlichen**
Angelegenheiten gehört insbesondere:

aa) die Prozessführung

sowie die Bestellung von Prozessbevollmächtigten[3]). Insbesondere ist der Prokurist auch ermächtigt, die von ihm vertretene Kommanditgesellschaft auf Aktien gegenüber den Kommanditisten, ferner die von ihm vertretene Aktiengesellschaft gegenüber den Aktionären, insofern die Einzahlung ihrer Einlagen in Frage steht, zu vertreten[4]).

---

[1]) RG 30, 21. — [2]) ROHG 13, 224; RG 17, 38. — [3]) ROHG 21, 342. — [4]) ROHG 7, 416; 9, 70.

bb) Stellung von Strafanträgen
in Sachen des Handelsgeschäfts.

Ob der Prokurist dazu ermächtigt ist, ist Tatfrage des Einzelfalles. Es sind alle Umstände darauf hin zu prüfen, ob anzunehmen ist, dass der Prokurist diejenigen Vermögensinteressen, in welche der Eingriff erfolgte, zu wahren hat, und dies ist namentlich dann anzunehmen, wenn der Prokurist das ganze Vermögen des Geschäftsinhabers oder einen Teil desselben zu verwalten hat[1]).

cc) Erhebung des Einspruchs
in Uebertretungssachen,

welche das Geschäft betreffen; denn für eine etwa ergehende Geldstrafe haftet das Geschäftsvermögen; dem Prokuristen obliegt aber die Verwaltung und Interessenwahrung desselben[2]).

b) Zu den **aussergerichtlichen**
Angelegenheiten gehört insbesondere:

Die Ermächtigung, Handelsgeschäfte zu schliessen, Darlehen aufzunehmen, Wechselverbindlichkeiten einzugehen, Vergleiche, Kompromisse, Versicherungsverträge abzuschliessen, Handlungsgehilfen und Bevollmächtigte anzustellen und zu entlassen[3]); der Prokurist ist ferner ermächtigt zu Erlassen und Schenkungen, soweit der Betrieb eines Handelsgeschäfts sie mit sich bringt; zur Aenderung der Branche, Verlegung des Sitzes der Gesellschaft, zur Gründung von Zweigniederlassungen, auch zur Auskunftserteilung über die Kreditwürdigkeit eines Dritten[4]).

3. Der Prokurist kann nicht?

a) Immobiliarklausel.

Der Absatz 2 des § 49 bestimmt negativ, dass der Prokurist nicht zur Veräusserung und Belastung von Grund-

---

[1]) RG in Strafs. 15, 145; für die Ermächtigung *Staub* 208; a. A. *Goldmann* 225; vgl. auch *Makower* 91 und *Düringer* und *Hachenburg* 178. — [2]) *Staub* 208; a. A. *Goldmann* 226 (das Strafverfahren sei nicht gegen das Geschäft, sondern den Geschäftsinhaber gerichtet). — [3]) Art. 42 AHGB. — [4]) RG 20, 194.

stücken ermächtigt ist. Dazu braucht er vielmehr eine Spezialvollmacht, die besonders, aber deshalb nicht notwendig ausdrücklich erteilt sein muss.

aa) „besonders".

Das Wort „besonders" ist an die Stelle des Wortes „ausdrücklich", welches im Entwurfe erster Lesung der Nürnberger Kommission stand, gesetzt, um auch die tatsächliche, blos stillschweigende Erteilung der gedachten Befugnis zu ermöglichen[1]). Es werden im Einzelfall sämtliche Umstände zu prüfen sein, ob mit der Prokuraerteilung die Spezialbevollmächtigung zur Veräusserung und Belastung von Grundstücken verbunden ist. Doch muss, wie sich aus der Tendenz dieser Bestimmung ergibt, die Spezialbevollmächtigung nicht unbedingt bei der Erteilung erfolgen; dies kann vielmehr auch durch eine spätere Handlung geschehen.

bb) Veräusserung und Belastung.

Die Veräusserung umfasst alle Arten der rechtsgeschäftlichen Uebertragung des Eigentums an Grundstücken (§§ 873 ff, 925 ff BGB), auch die Einräumung des Miteigentums (1008), die Belastung jede dingliche Belastung desselben.

Im Einzelnen gehört hierhin:

Die Einräumung eines Erbbaurechts (1012 ff), einer Grunddienstbarkeit (1018), eines Niessbrauchs an Grundstücken (1031), einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit (1090), eines Vorkaufrechts (1094), einer Reallast (1105), Hypothek (1113), Grundschuld (1191) und Rentenschuld (1199). — Vermietung und Verpachtung sind nicht als dingliche Belastungen eines Grundstücks anzusehen.

Nur zur Veräusserung und Belastung, nicht zum Erwerbe oder zur Befreiung von dinglichen Lasten bedarf der Prokurist einer Spezialvollmacht.

Unter „Grundstücken" im Sinne dieser Bestimmung sind ausser wirklichen Grundstücken auch den Grundstücken gleichgestellte Rechte zu verstehen, also Erbbaurecht und

---

[1]) *Johow* 15, 99.

die dem Landesrecht vorbehaltenen Erbpacht-, Büdner-, Häusler- oder Abbaurechte[1]).

b) Der Prokurist darf keine Handlung vornehmen, die infolge ihrer **Natur** oder gemäss **gesetzlicher Bestimmung** dem Geschäftsinhaber vorbehalten ist.

Dies ist der Fall bei Rechtsakten des Familien- und Erbrechts, ferner bei der Unterzeichnung des Inventars und der Bilanz, bei der Abgabe der Gründererklärung (191 HGB) und bei den vom Geschäftsinhaber zu leistenden Eiden (478 CPO), denn bei der Eidesleistung gibt es überhaupt keine Stellvertretung. Ebenso steht dem Prokuristen natürlich nicht die Löschung oder Veränderung der Firma, die Einstellung oder Veräusserung des Handelsgeschäfts zu[2]), denn Beides geht weit über die Grenze des Betriebes eines Handelsgewerbes hinaus.

4. Unbeschränkbarkeit.

Der vorstehend dargelegte Umfang der Prokura kann durch den Geschäftsinhaber mit Wirkung gegen Dritte nicht beschränkt werden. Dies ist jus cogens, im Gegensatz zu den Dispositivvorschriften der Handlungsvollmacht. Dritte brauchen also im Geschäftsverkehre mit Prokuristen nur zu prüfen, ob denselben wirklich Prokura erteilt ist — dabei ist die Frage der Gesamtprokura zu beachten — und ferner, ob das Geschäft nicht über die Vertretungsbefugnis eines Prokuristen hinausgeht. Liegen beide Voraussetzungen vor, so treten die Wirkungen für und gegen den Geschäftsinhaber ein.

a) Die Unbeschränkbarkeit folgt aus der abstrakten und absoluten Natur der Prokura.

aa) Abstrakte Natur.

Die Vollmacht des BGB ist ein selbständiges, einseitiges, aber nicht notwendig abstraktes Rechtsgeschäft, ja 168 [1] BGB besagt, dass im Zweifel die Vollmacht abhängig ist von dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis,

---

[1]) BGB 1017; EGBGB 63, 68. — [2]) ROHG 23, 28.

also dass sie im Zweifel sogar eine kausale Natur hat. Im Gegensatz hierzu ist die Prokura eine abstrakte Vollmacht. Sie ist nach aussen losgelöst von dem ihr zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis. Die Beschränkungen, die sich aus letzterem ergeben, wirken also nur zwischen dem Geschäftsinhaber und dem Prokuristen.

bb) Absolute Natur.

Der Inhalt und Umfang der Vollmacht des BGB richtet sich nach dem Willen des Vollmachtgebers. Im Gegensatz hierzu ist die Prokura eine absolute Vollmacht, sie kann überhaupt nicht eingeschränkt werden.

Die Unbeschränkbarkeit der Prokura gilt also nur im Verhältnis zu Dritten, gegen diese aber absolut.

b) Beschränkungen im Einzelnen.

Auch die Beschränkung, dass die Prokura nur gegenüber einem bestimmten Dritten, oder dass sie nur für die Lebenszeit des Vollmachtgebers gelten soll, ist nach §§ 50 [1] und 52 [3] unwirksam[1]).

c) Wirkungen der Beschränkungen.

aa) Zwischen Prokuraerteiler und Prokuristen richtet sich die Wirkung nach dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis. In diesem internen Verhältnis sind Beschränkungen durch Instruktionen u. s. w. wirksam[2]).

bb) Zwischen Prokuraerteiler oder Prokuristen und Dritten.

Dritten gegenüber ist jede Beschränkung des Umfanges der Prokura unwirksam. Dies ist ein essentiale und Hauptcharakteristikum der Prokura, wodurch die im Handelsverkehr erforderliche Sicherheit geschaffen wird, die sonst durch die weitgehende Vertretungsmacht des Prokuristen gefährdet würde. Als „Dritte“ haben alle vom Vollmachtgeber verschiedenen Personen zu gelten; also bei Aktiengesellschaften die Aktionäre, bei einer offenen Handels-

[1]) *Makower* 92. — [2]) RG 30, 21.

gesellschaft die geschäftsführenden Gesellschafter, bei einer Kommanditgesellschaft die Kommanditisten, sofern es sich um Rechtsverhältnisse handelt, die zwischen ihnen und der Gesellschaft bestehen[1]).

Eine Ausnahme liegt vor, wenn der Dritte betrügerisch kolludiert. Handelt der Prokurist nicht blos vertragswidrig, sondern auch unredlich gegenüber dem Geschäftsinhaber und weiss der Dritte davon, so kann der Dritte, obschon der Prokurist formell legitimiert ist, aus dem Prinzipe der Unbeschränkbarkeit keinen Nutzen ziehen, da ihm die exceptio doli (§ 853 BGB) entgegensteht[2]).

Unter Umständen haftet er sogar dem Geschäftsinhaber für den erwachsenen Schaden gemäss der §§ 823 ff.

cc) Eintragung.

Dieselbe ist nicht statthaft und würde Dritten gegenüber auch ohne Wirkung sein. Gemäss der §§ 18, 142 GVG würde das Registergericht eine von ihm auf Eintragung einer solchen Beschränkung hin erlassene Verfügung aufzuheben und die Eintragung selbst zu löschen haben.

5. Gibt es Ausnahmen vom Grundsatze der Unbeschränkbarkeit?

a) Keine Ausnahme liegt in der **Kollektivklausel.** Der Inhalt der Prokura bleibt derselbe, nur dass er einer Mehrheit von Personen übertragen wird.

b) Gesellschafter oder Vorstandsmitglieder,

welche mit einem Prokuristen vertretungsberechtigt sind. Auch in diesem Falle liegt keine Ausnahme vor[3]).

c) Endlich auch nicht in der **Etablissementsklausel**[4]).

Wenn ein Kaufmann mehrere Niederlassungen seines Geschäftes unter verschiedenen Firmen betreibt, so kann er die Prokura für den Betrieb einer von diesen Niederlassungen erteilen. Hierin liegt keine Ausnahme vom

---

[1]) *Lehmann* und *Ring* 136. — [2]) ROHG 6, 136; RG 9, 148. — [3]) *Goldmann* 229; a. A. *Düringer* und *Hachenburg* 179. — [4]) § 50 [3] HGB.

Prinzip der Unbeschränkbarkeit und das HGB spricht eigentlich mit Unrecht von einer Beschränkung. Diese „Beschränkung“ ist gestattet infolge des engen Zusammenhanges zwischen Prokura und Firma. Es ist ganz naturgemäss, dass für die Verwaltungssphäre einer besonderen Niederlassung eine besondere Prokura erteilt werden kann, wenn jede Niederlassung durch die Firma genügend als Sonderniederlassung gekennzeichnet ist.

Offene Handelsgesellschaften, Kommanditgesellschaften und Aktiengesellschaften können nicht mehrere Geschäfte unter verschiedenen Firmen betreiben, wohl aber ein Einzelkaufmann, der sein Geschäft ohne oder nur mit stillem Gesellschafter betreibt[1]). Die Bestimmung des § 50 Abs. 3 Satz 2 gibt nun den obengenannten Handelsgesellschaften die Möglichkeit, für eine von ihnen betriebene Zweigniederlassung einen auf deren Betrieb beschränkten Prokuristen zu bestellen. Denn § 50 Abs. 3 S. 2 bestimmt, dass eine Verschiedenheit der Firmen auch dadurch begründet werden soll, dass für eine Zweigniederlassung der Firma ein Zusatz beigefügt wird, der sie als Firma der Zweigniederlassung bezeichnet[2]).

III. Zeichnung des Prokuristen.

1. Form.

Der Prokurist hat nach § 51 HGB in der Weise zu zeichnen, dass er der Firma seinen Namen mit einem die Prokura andeutenden Zusatze beifügt. Regelmässig wird die Firma vorangesetzt und der Name des Prokuristen unter voller oder abgekürzter Hervorhebung der Prokura (per Procura oder per P oder pp) beigefügt. Soweit eigenhändige Unterschrift des Prokuristen erforderlich ist, braucht nur der Name des Prokuristen geschrieben zu werden, die vorzusetzende Firma kann gestempelt oder vorgedruckt sein[3]).

2. Früheres Recht.

Der Art. 44 AHGB hatte rücksichtlich der Zeichnung bestimmt, dass derselbe „einen die Prokura andeutenden

[1]) vgl. HGB 18, 19, 22, 30. — [2]) Abweichend vom bisherigen Recht. Für dieses vgl. *Johow* 12, 30. — [3]) ROHG 14, 318.

Zusatz und seinen Namen“ beizufügen habe. Der Ansicht[1]), dass durch die Fassung des § 51 HGB eine andere Art, als die bisher übliche vorgeschrieben werden solle, kann nicht beigetreten werden. Es ist anzunehmen, dass die neue Fassung lediglich eine bessere Wortstellung hat wählen wollen, was ihr auch gelungen ist, denn es ist logischer, das Wort „Zusatz“ erst n a c h dem Begriff zu bringen, dem etwas hinzugesetzt werden soll, als v o r ihm.

3. Ordnungsvorschrift.

Die Fassung des § 51 HGB ergibt, dass er lediglich eine Ordnungsvorschrift erteilen will[2]). Die Nichtbeobachtung derselben wird also an den Wirkungen der Willenserklärung nichts ändern, und der Geschäftsinhaber wird berechtigt oder verpflichtet werden, wenn die Voraussetzungen der Vertretung aus BGB 164 vorliegen. Das entscheidende Gewicht ist nicht so sehr auf Formbeobachtung zu legen, als darauf, dass der Prokurist in ersichtlicher Weise innerhalb der ihm zufolge der Prokura zustehenden Vertretungsmacht gehandelt hat. Es genügt sogar, dass der Prokurist nur seinen Namen zeichnet, wenn nur aus den Umständen[3]) hervorgeht, dass er als Prokurist seines Geschäftsinhabers handelt[4]). Bei Formalakten, wie z. B. Wechselakzepten wird freilich der Prokurist die Firma des Geschäftsinhabers zeichnen müssen, sonst würde er selbst berechtigt oder verpflichtet werden.

Die Bedeutung dieser Ordnungsvorschrift als solcher ist jedoch nicht zu unterschätzen. Sie dient der Verkehrssicherheit und erleichtert insbesondere in eklatanter Weise den Beweis, dass eine Rechtshandlung im Namen des Geschäftsinhabers vorgenommen ist[5]).

IV. Erlöschen der Prokura.

Es ergeben sich hier wesentliche Abweichungen des Handelsrechts von den bürgerlichen Bestimmungen, zum Teil infolge besonderer Regelung (Tod des Geschäfts-

---

[1]) *Makower* 93. — [2]) ROHG 5, 263; 9, 215; 10, 56. — [3]) BGB 164. — [4]) ROHG 15, 77. — [5]) ROHG 12, 134; 5, 266; 18, 101.

inhabers), zum Teil folgen sie aus dem engen Zusammenhang von Prokura und Firma.

1. Widerruf der Prokura.

a) Prinzip der jederzeitigen Widerruflichkeit.

Nach 168 [1] BGB besteht zwischen der Vollmacht und dem ihr zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis ein derartiger Zusammenhang, dass nach diesem Rechtsverhältnis sich das Erlöschen der Vollmacht richtet, und nach BGB 168 [2] ist die Vollmacht bei dem Fortbestehn dieses Rechtsverhältnisses widerruflich, sofern sich aus diesem nicht ein Anderes ergibt. Die Widerruflichkeit ist also nur die Regel, aus dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse kann sich ein Anderes ergeben. Ohne die Bestimmung des § 52 [1] HGB müsste die Unwiderruflichkeit der Prokura aus dem ihr zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse hervorgehen, abweichend von dieser Bestimmung des § 168 BGB ist aber die Prokura schlechthin und ausnahmslos widerruflich (52 [1] HGB). Hierin liegt ein billiges Gegengewicht gegen das Prinzip der nach aussen unbeschränkbaren Vertretungsmacht des Prokuristen. Das Prinzip der jederzeitigen Widerruflichkeit der Prokura kann auch vertragsmässig nicht ausgeschlossen werden, ein Verzicht auf das Recht des Widerrufs ist ungiltig [1]). Da ferner auf das Recht, den Willen später zu ändern und die Prokura zu widerrufen, vom Geschäftsinhaber nicht verzichtet werden kann, so gibt es für den Prokuristen kein Klagerecht auf Belassung oder Erteilung der kontraktlich zugesagten Prokura [2]). Etwas anders liegt die Frage, ob ein Dritter aus einem solchen Vertrage klagen kann. Zweifellos würde ein Vertrag, unwiderruflich einen Bevollmächtigten mit der weitgehenden Vertretungsmacht, wie der Prokurist sie hat, zu bestellen, ähnlich weit gehen, wie die Zuwendung gegenwärtigen oder künftigen Vermögens und also nichtig sein (BGB 310, 311). Eine solche Klage wird nur in seltenen Fällen zulässig sein, so z. B. wenn der Dritte und sein Vertragsgegner persönlich haftende Gesellschafter derselben Gesellschaft sind, für welche der Prokurist bestellt werden soll,

[1]) ROHG 23, 326; RG 3, 186. — [2]) ROHG 5, 349; RG 27, 35.

sodass das Vermögen des Dritten bei Belassung eines Prokuristen, der durch seine Tätigkeit das Gesellschaftsvermögen gefährdet, auf dem Spiele steht [1]).

b) Wie und durch wen erfolgt der Widerruf?

Nach §§ 168 und 167 [1] BGB erfolgt der Widerruf einer Vollmacht durch Erklärung gegenüber dem Bevollmächtigten oder dem Dritten, dem gegenüber die Vertretung stattfinden soll. Wendet man dies auf die Prokura an, so erfolgt der Widerruf nur gegenüber dem Prokuristen. Dem Dritten gegenüber kann der Widerruf nicht erfolgen, weil die Prokura zur Vertretung gegenüber jedem Dritten berechtigt. Dritten gegenüber regelt sich der Widerruf nach Massgabe der §§ 53 Abs. 3 und 15 Abs. 1 und 2 HGB. Solange danach der Widerruf der Prokura nicht in das Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht ist, kann derselbe vom Geschäftsinhaber dem Dritten nicht entgegengesetzt werden, es sei denn, dass er diesem bekannt war. Andererseits muss, wenn der Widerruf eingetragen und bekannt gemacht war, jeder Dritte ihn gegen sich gelten lassen, es sei denn, dass er den Widerruf weder kannte, noch kennen musste. Danach ist § 171 Abs. 2 BGB — die Vertretungsmacht bleibt bestehen, bis die Kundgebung in derselben Weise, wie sie erfolgt ist, widerrufen wird — hier nicht anwendbar, weil hier die Spezialbestimmungen des HGB über die Wirkungen von Eintragung und Nichteintragung an seine Stelle treten [2]).

Bei der offenen Handelsgesellschaft, der Kommanditgesellschaft und der Kommanditgesellschaft auf Aktien kann der Widerruf durch jeden der zur Erteilung oder Mitwirkung bei der Erteilung befugten Gesellschafter erfolgen (§ 125 Abs. 1, vgl. §§ 116 Abs. 3, 109, 126 Abs. 1, 161 Abs. 2, 320 Abs. 2). Es ist dabei gleichgiltig, ob eine Gesamtvertretung besteht oder nicht. Überhaupt ist bei den Handelsgesellschaften der Widerruf ungefähr in demselben Masse erleichtert, wie die Erteilung erschwert ist. Der Vorstand der Aktiengesellschaft, der Geschäftsführer der Gesellschaft mit beschränkter Haftung bedürfen zum

---

[1]) *Makower* 94; vgl. RG 2, 34. — [2]) vgl. *Staub* 212; a. A. *Goldmann* 233, 234 und *Lehmann* und *Ring* 138.

Widerruf nicht der Zustimmung des Aufsichtsrates oder der Gesellschafter.

Im internen Verhältnis kann natürlich die Befugnis zum Widerruf beschränkt sein[1]).

c) Der Zeitpunkt der Wirksamkeit des Widerrufs

der Prokura richtet sich nach den Bestimmungen der §§ 130 und 131 BGB.

d) Folgen des Widerrufes.

Der Widerruf hebt den Anspruch auf die vertragsmässige Vergütung nicht auf, wie das HGB ausdrücklich in § 52 [1] bestimmt. In dem Artikel 54 AHGB hiess es: „unbeschadet der Rechte aus dem bestehenden Dienstverhältnis". Im Gegensatz hierzu nimmt das neue HGB darauf Rücksicht, dass das der Prokura zu Grunde liegende Kausalverhältnis auch ein Werkvertrag, Auftrag oder ein Gesellschaftsverhältnis sein kann.

Die Bestimmung: „unbeschadet des Anspruchs auf die vertragsmässige Vergütung" ergibt sich aus dem Wesen von Vollmacht und Prokura. Schon die Vollmacht hat eine selbständige Natur und kann abstrakt erteilt werden (BGB 167 und 168). Die Prokura aber ist immer abstrakt und von dem kausalen Rechtsverhältnis losgelöst; letzteres und somit der Anspruch auf die vertragsmässige Vergütung kann also durch den Widerruf der Vollmacht nicht berührt werden.

Durch den Widerruf der Prokura wird jedoch dem bisherigen Kausalverhältnis meistens die Seele genommen werden, und dies wird sich der Prokurist nicht ohne Grund gefallen zu lassen brauchen. Wenn er auch nicht auf Belassung der Prokura klagen kann, so gibt ihm die Entziehung derselben doch andere Ansprüche, z. B. ein Rücktrittsrecht oder einen Entschädigungsanspruch[2]). Die Entschädigung wird besonders dann eine Rolle spielen, wenn eine dem Prokuristen verloren gehende Vergütung mit der Ausübung der Prokura in untrennbarem Zusammenhange

[1]) RG 2, 34. — [2]) RG vom 25. Nov. 1893. (Juristische Wochenschrift 1894, S. 19 und 20).

stand, z. B. wenn dem Prokuristen einer Zweigniederlassung eine eigene Dienstwohnung gewährt war[1]).

e) Niederlegung der Prokura seitens des Prokuristen.

Das HGB hat diesen Fall nicht berücksichtigt, es muss deshalb § 168 BGB zur Anwendung kommen. Eine Niederlegung zur Unzeit würde den Prokuristen jedenfalls zum Schadensersatz verpflichten (BGB 168 mit 675, 671[2]).

2. Das Erlöschen des Rechtsverhältnisses,

auf welchem die Erteilung der Prokura beruht, hat das Erlöschen der Prokura zur Folge (168[1] BGB). Es sind jedoch die Bestimmungen des § 50 HGB über die Unbeschränkbarkeit des Umfanges der Prokura gegenüber Dritten und des § 15[1] HGB zu beachten, in Anwendung deren das Erlöschen der Prokura vom Geschäftsinhaber einem Dritten nur dann entgegengehalten werden kann, wenn es im Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht ist, es sei denn, dass es dem Dritten bekannt war.

3. Tod des Prokuristen.

a) Gemäss **BGB 168**[1] bestimmt sich das Erlöschen der Prokura nach dem ihrer Erteilung zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse. Wenn nun auch dies Rechtsverhältnis nicht notwendig ein Auftrag, Dienst- oder Werkvertrag oder ein Gesellschaftsvertrag zu sein braucht, denn das BGB lässt noch Spielraum für andere Schuldverhältnisse, so werden die genannten doch die regelmässigen sein, sodass man von ihnen auf andere schliessen darf. Für den Auftrag ist nun aber bestimmt, dass derselbe mit der auf ihm beruhenden Vollmacht gemäss 673[1] BGB mit 168[1] BGB im Zweifel durch den Tod des Beauftragten erlischt. Ist das in Frage stehende Rechtsverhältnis ein Dienst- oder Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, so gelangt gemäss 675 BGB die erwähnte Vorschrift des § 673[1] zur entsprechenden Anwendung. Ist es ein Gesellschaftsvertrag, so erlischt sie, da gemäss 727[1]

---

[1]) RG 22, 39.

BGB die Gesellschaft der Regel nach durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst wird, mit dem Tode des bevollmächtigten Gesellschafters.

b) Vertrauensstellung des Prokuristen.

Wenn der Geschäftsinhaber Jemandem Prokura erteilt, so ist das ein Beweis, dass er dem Betreffenden ein besonderes Vertrauen schenkt. Es wäre unbillig, wenn die umfassende Vertretungsmacht, welche der Prokurist besass, auf seinen Rechtsnachfolger übergehn sollte, dem der Geschäftsinhaber möglicherweise gar kein Vertrauen schenken kann.

4. Einstellung

des Betriebes des Handelsgeschäfts bringt die Firma zum Erlöschen und dadurch auch die Prokura. Es ist Tatfrage im Einzelfall, ob nicht hierdurch die Prokura in die Vollmacht zur Vornahme der Abwickelungsgeschäfte verwandelt wird[1]).

5. Konkurs über das Vermögen des Geschäftsinhabers.

a) Die Einstellung des Gewerbebetriebes ist eine notwendige Folge des Konkurses und schon deshalb erlischt mit der Konkurseröffnung die Prokura.

b) Der § 23 [1] u. [2] KO bestimmt, dass ein Auftrag, Dienst- oder Werkvertrag durch den Konkurs des Prinzipals erlischt. Gemäss 161 [1] BGB bestimmt sich nun das Erlöschen einer Vollmacht regelmässig nach dem ihrer Erteilung zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse; also ist zu folgern, dass die Prokura mit der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Geschäftsinhabers erlischt[2]).

6. Die Veräusserung

des Handelsgewerbes ist der Einstellung des Betriebes desselben gleichzustellen. Denn die Prokura ist nur für das

---

[1]) *Staub* 213. — [2]) Doch sind die §§ 50 und 15 [1] HGB zu beachten.

vom Geschäftsinhaber betriebene Handelsgeschäft erteilt. Wünscht der Erwerber den Weiterbestand der Prokura, so muss er sie von Neuem erteilen und eintragen lassen[1]).

7. Das Herabsinken des Handelsgewerbes auf das Niveau des Kleingewerbes oder Handwerkes.

Hier ist es eine Tatfrage, die nach allen Umständen beurteilt werden muss, ob die Prokura bei ihrem Erlöschen sich in eine Handlungsvollmacht verwandelt hat.

8. Endlich der Eintritt der Geschäftsunfähigkeit und Verschollenheit des Geschäftsinhabers[2]),

denn diese Ereignisse haben sozusagen den bürgerlichen Tod des Geschäftsinhabers zur Folge.

Zusatz zu IV: Das Nichterlöschen der Prokura durch den Tod des Geschäftsinhabers

ist ausdrücklich durch § 52 Abs. 3 normiert. Nach den Vorschriften des BGB über die der Prokura möglicherweise zu Grunde liegenden Kausalverhältnisse könnte man zu diesem sichern Schlusse nicht gelangen. Wohl wäre das Erlöschen der Fall, wenn die causa der Prokura ein Gesellschaftsverhältnis oder eine eheliche Nutzniessung wäre. Wenn sie jedoch auf Grund eines Auftrages oder Dienstvertrages erteilt wäre, so würde sie nach 672 und 675 BGB durch den Tod des Geschäftsinhabers im Zweifel nicht erlöschen. Mit Recht hat also der § 52 Abs. 3 HGB eine feste Regelung geschaffen. Seine Bedeutung besteht darin, dass sogar bei gegenteiliger Vereinbarung zwischen Prokuraerteiler und Prokuristen Dritten gegenüber die Prokura trotz des Todes des Geschäftsinhabers als fortbestehend gilt.

V. Anmeldungen zur Eintragung ins Handelsregister.

Im Gegensatz zu anderen Handelsvollmachten ist die

---

[1]) *Goldmann* 239; a. A. *Staub* 214, welcher die auf Aufrechterhaltung zielende Erklärung des Geschäftsinhabers bei der Anmeldung für genügend hält. — [2]) *Staub* 213.

Prokura eintragungsfähig und eintragungspflichtig. Diese Eintragung hat jedoch nur beweisende, keine konstituierende Kraft, ebenso wird ein öffentlicher Glaube, wie bei der Eintragung im Grundbuch nicht begründet.

1. Anmeldung der Erteilung.

a) Sie ist Pflicht des Geschäftsinhabers, welche nach § 14 HGB erzwingbar ist. Ist der Geschäftsinhaber geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so hat die Anmeldung durch den gesetzlichen Vertreter zu erfolgen. Gemäss der §§ 1643, 1821 Ziff. 11 BGB hat letzterer den Nachweis der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zur Erteilung der Prokura zu bringen. Bei Handelsgesellschaften hat die Anmeldung durch die Gesellschafter bezw. durch den Vorstand zu erfolgen und zwar in der Weise, wie die Gesellschaft sonst nach aussen vertreten wird. Die Mitwirkung des Prokuristen ist nicht erforderlich, ja sie ist unzulässig; und zwar selbst dann, wenn er in Gemeinschaft mit Gesellschaftern oder Vorstandsmitgliedern zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt ist[1]).

b) Beim Registergericht, in dessen Bezirk der Geschäftsinhaber eine Haupt- oder Zweigniederlassung hat. Beim Gericht der Zweigniederlassung hat die Eintragung erst zu erfolgen, wenn nachgewiesen ist, dass sie beim Gericht der Hauptniederlassung bereits erfolgt ist[2]).

c) Die Form bestimmt sich nach § 12 HGB.

d) Wirkung.

Die Anmeldung und Eintragung haben für das Bestehen der Prokura nur beweisende Kraft, und ihre Unterlassung begründet nur eine relative Unwirksamkeit insofern, als die Erteilung der Prokura, solange sie nicht eingetragen und bekannt gemacht ist, einem Dritten vom Geschäftsinhaber nicht entgegengehalten werden kann, es sei denn, dass sie diesem bekannt war. Wenn jedoch die Erteilung

---

[1]) 125 Abs. 3, 232 Abs. 2 HGB; *Düringer* und *Hachenburg* 182. — [2]) HGB § 13.

der Prokura eingetragen und bekannt gemacht worden ist, muss sie jeder Dritte gegen sich gelten lassen, es sei denn, dass er sie weder kannte, noch kennen musste (15 HGB).

e) Eine Gesamtprokura ist auch als solche anzumelden und einzutragen.

Zusatz zu V[1]:

Zeichnung.

Der Prokurist hat die Firma nebst seiner Namensunterschrift zur Aufbewahrung beim Registergericht zu zeichnen, und zwar persönlich; eine Stellvertretung in der Zeichnung ist unzulässig. Da der Prokurist Firma wie Namen selbst zu schreiben hat, genügt auch Stempeldruck nicht[1]). Für den Geschäftsunfähigen und den in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten hat der gesetzliche Vertreter zu zeichnen[2]). Zweifelhaft ist die Frage der Zeichnung Schreibensunkundiger und Schreibensunfähiger. Erstere werden im praktischen Leben als Prokuristen kaum in Betracht kommen, bei letzteren muss wohl vom Erfordernis der Zeichnung abgesehen werden. Ist der Prokurist nach der Ueberzeugung des Registerrichters taub, blind oder stumm oder sonst am Sprechen verhindert, so hat der Richter einen Gerichtsschreiber oder zwei Zeugen zuzuziehen[3]). Besonders zweifelhaft ist die Frage, ob bei einem blinden Prokuristen von dem Erfordernis der Zeichnung abzusehen ist. *Goldmann*[4]) bestreitet dies, indem er sich auf 169 GVG, welcher § zulasse, dass Blinde Erklärungen abgeben, beruft. Diese „Erklärungen" können aber auch mündlich abgegeben werden, ja nur so ist die Anführung des Blinden in § 169 aufzufassen, denn ein Blinder kann überhaupt nicht schreiben im Sinne des Gesetzes, weil der Schreiber sehen können muss, wohin er seine Schriftzeichen setzt, damit jene ihre rechtliche Bedeutung erlangen[5]). Es ist also bei einem blinden Prokuristen von dem Erfordernis der Zeichnung abzusehen.

Bei Kollektivprokura ist nur nötig, dass jeder der

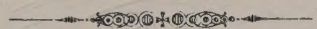
---

[1]) *Johow* 11, 37. — [2]) *Düringer* und *Hachenburg* 80. — [3]) GVG 169. — [4]) *Goldmann* 49; a. A. *Staub* 92. — [5]) *Schultze*-Görlitz, Komm. zum GVG, S. 350.

Kollektivprokuristen einmal die Firma nebst seinem Namen zeichnet, also sind nicht etwa soviel Zeichnungen nötig, als Kombinationen möglich sind [1]).

2. Anmeldung des Erlöschens zur Eintragung.

Sie ist, wie die Anmeldung der Erteilung eine dem Geschäftsinhaber oder seinem gesetzlichen Vertreter obliegende Pflicht und nach § 14 HGB erzwingbar. Diese Pflicht besteht selbst dann, wenn die Erteilung nicht eingetragen war. Doch braucht die Prokura nicht gelöscht zu werden, wenn sie wieder erteilt wird, ehe sie gelöscht wird, ferner nicht im Falle eines Wechsels in der Firmeninhaberschaft. Die Wirkungen der Eintragung des Erlöschens sind wichtig wegen der Bestimmungen des § 15 HGB; infolgedessen kann das Erlöschen der Prokura, solange es nicht eingetragen und bekannt gemacht ist, einem Dritten nicht entgegengehalten werden, es sei denn, dass es diesem bekannt war. Wenn jedoch das Erlöschen der Prokura eingetragen und bekannt gemacht worden ist, muss jeder Dritte es gegen sich gelten lassen, es sei denn, dass er es weder kannte, noch kennen musste.



[1]) *Lehmann* und *Ring* 139.